

二 予備罪の従犯の成否

名古屋高裁昭和三六年一月二七日判決 高裁判集一四卷九号六三五頁
大阪高裁昭和三八年一月二三日判決 高裁判集一六卷二号一七七頁

北 山 茂

一 「予備の従犯」の意義

従犯とは、正犯を幫助することである（刑法六二条）。幫助行為は、時間的に正犯の実行中に行なわれるか、これに先だって行なわれるかを問わない。しかし、正犯の実行行為が終了した後には幫助はありえない（事後従犯は刑法の総則規定の適用を受ける本来の意味の従犯ではない）。したがって、幫助行為は、正犯の行為の予備の段階においてなされてもよい。

しかし、予備は、犯罪を実行するための準備行為であるから、実行を予定しない予備というものはありえない。予備の予備たる本質は、実行の前段階に位置することにある。ところで、実行の前段階たる予備が行われたが、それ以上に、実行に至らない場合もあり得る。例えば、実行の着手に至らないうちに発覚したような場合である。このような場合、正犯者に対し、予備の段階で幫助行為をした者は、結果的には、予備だけ

で実行のない行為を幫助したことになる。かかる場合、その幫助行為は、可罰性があるであろうか。これがいわゆる予備の従犯の問題である。この問題は、わが国に於いて、井上正治氏の指摘のごとく、「講学上もほとんど論じられたことのない問題」であった。（井上正治・「予備罪の従犯」判例評論四七号一頁。若干の学者が、その教科書において簡単にふれていたにすぎない。例えば、泉二・日本刑法論上巻四九九—五〇〇頁、佐伯・刑法総論一八二頁、一九〇頁など）。

ところが、昭和三六年一月二七日、名古屋高等裁判所においてこれを消極に解する判決（刑集一四・九・六三五）がなされたのをきっかけとして、「予備の従犯」それはありうるかが学者、実務家の間に種々の論争をまき起した。その後、最高裁判所第一小法廷の決定（昭三七・一一・八、刑集一六・一一・一五二二）が、名古屋高裁の判決を支持したが、右の問題に

ついでの見解は必ずしも明確にならなかった。その後、大阪高等裁判所において、密出国企図罪（出入国管理令七一条）の幫助につき積極の判決（昭三八・一・二二刑集一六・二・一七七）がなされるにおよび論争は、ますます活発となった。

この問題についての学説は、多岐に分れる。第一説は、予備罪の幫助は、予備そのものにほかならない、という（藤木・注釈刑法(6)各則(4)一〇八頁、正田・「間接共犯と予備罪」犯罪論或問一五頁）。第二説は、予備罪の幫助は可罰的である、という（佐伯・刑法総論一八二頁、一九〇頁、井上・「予備罪の從犯」判例評論四七号一頁以下など）。第三説は、予備罪の幫助は不可罰的なもの、という（植松・刑法概論三三三頁、「從犯」刑法基本問題37講二三九頁以下、中谷・「予備の從犯」刑法総論下村・八木編四〇二頁以下、大塚・注釈刑法(5)各則(3)五八頁、団藤・刑法綱要総論三二二頁、三一七頁、三一八頁など）。第四説は、独立罪たる予備罪と非独立罪（構成要件の修正形式）たる予備罪を分かち、前者に対する幫助は可罰的、後者に対する幫助は不可罰的なもの、という（福田・刑法総論二〇四頁、香川・「今年の判例を顧みる・刑法」法律時報三四卷一二号四七頁、西原・「予備罪をめぐる諸問題」刑法総論一七二頁、一六七頁など）。

そこで、まづ、判例の論旨を概観しよう。

足を目的とする意思が必要であって、殺人予備について言えば、行為者が、自ら殺人の意図をもって、その準備行為をすることが必要である」ということを前提として、本件において、被告人は、Cを殺害する何らの動機、原因もなく、同人を殺害する意図も毛頭なかったことが認められるから、被告人に対して、殺人予備罪をもって、処断することはできない、と判断して、先づ殺人予備罪の訴因を排斥した。そして、AがCを殺害するため、青酸ソーダを入手して、その準備をしたことは、まさに殺人予備行為であり、被告人において、右の情を知って、青酸ソーダをAに手渡ししたことは、同人の殺人予備行為を容易ならしめたものであるから、被告人の行為は、殺人予備の幫助に該当する。そして、予備罪も基本的な構成要件の修正形式ではあるが、一個の構成要件をなしているものであるから、これを充足する行為は実行行為であるから、いわゆる予備の実行行為を幫助するということも充分考え得るわけで、実行行為以前に予備を幫助する者を処罰することは、毫も刑法六二条の明文に反するものでもなく、更に、刑法七九条は、内乱罪の組織的集団犯たることの特質から、その刑について特に加重して規定したものにはすぎないもので、刑法は、他に予備の幫助を罰しない趣旨とは解されず、他に予備罪の成立する場合、その從犯の成立を否定する理由はない、とした。

二 事案の概要及び判旨

(一) 殺人予備罪の幫助（名古屋高裁判決）

(1) 事実の概要 一審、二審とも認定した事実は全く同一である。すなわち、從兄Aから、同人がかねてから密通しているB女との関係が続けるため、同女の夫C男を殺害したいとの意図を打ち明けられ、その殺害方法などの相談を持ちかけられていた被告人が、右Aから青酸ソーダの入手方を依頼されるや、Aが右C男を殺害するのに、使用するものであることを知りながら、これを承諾して、青酸ソーダを入手したうえ、右A方において、ビニールに包んだ青酸ソーダ約三八グラムをAに手交した。ところがAは、この青酸ソーダを使用せず、情婦と共謀して睡眠薬を服用させたうえ、絞殺して目的をとげた、というものである。

第一審の名古屋地裁は、検察官の主たる訴因は、殺人予備であったが、主たる訴因を排斥し、予備的訴因によって殺人予備幫助（刑法第二〇一条、第一九九条、第六十二条一項）と認定した。つぎの如し。「予備罪は、教唆或いは從犯のように、正犯者のために加功するものと異なり、自己の犯罪の目的のため犯意を実現する行為であって、換言すれば、いわゆる基本的構成要件の実現を目的とする犯罪意思行為であると言い得るから、予備罪の成立には、行為者において、基本的犯罪類型の充

これに対する被告人の控訴趣旨は、予備の幫助とは、予備にすらならないそれ以前の段階の行為であるから、刑法が予備、未遂についてすら特別の規定がある場合にのみこれを処罰の対象としていることに鑑みれば、予備の幫助については、ましてや特別規定のない限りこれを処罰しない趣旨である。されば、刑法は内乱罪の如きについては、予備の幫助について具体的にその行為を限定し、特別の明文を設けてこれを処罰することとしているのである。殺人の予備は独立に処罰の対象とされているのであるが、刑法総則の從犯の規定は、この場合に適用されるべきではない。次に、從犯は、正犯の実行行為を幫助した場合に成立することは、刑法六二条の明文の示す通りである。然るに、「実行行為の予備」はありうるが、「予備の実行行為」というが如きは、刑法上の概念として考えることはできない。従って、予備の実行行為の幫助ということも、とうてい存在し得ないはずである、という。

(2) 判旨 第二審の名古屋高裁は原判決を破棄自判し、つぎのごとくいう。「刑法各本条の規定している当該各犯罪は正犯の既遂としてこれを類型的に刑法が規定しているので、これを講学上基本的構成要件というならば、予備罪は、これらの基本的構成要件を離れて独立に、その犯罪の類型が定められるものではなく、ある犯罪の基本的構成要件を前提として、そこから

初めてその犯罪の予備罪の類型が定められるのであるから、それは、前記基本的構成要件に修正加工を加えたもので、いわゆる基本的構成要件の修正形式として観念されるわけである。そして、このようにある犯罪の予備罪が独立に処罰される場合には、その予備を構成する行為も当然に考えられるわけで、それは、その予備行為が発展した場合のいわゆる犯罪の実行行為を基本として、その内容を限定されるものではあるが、予備罪そのものについていえば、その予備罪というある犯罪の基本的構成要件を修正する構成要件を充足する行為がそこに予定されていることは当然である。いま構成要件を充足する行為を実行行為というのであれば、予備罪が独立して処罰される場合の、いわゆる修正された構成要件を充足する行為も又実行行為とよぶことが許されるのである。(この意味で実行行為の概念も関係的、機能的な概念である、といわれる。)……従って、刑法総則の規定の適用において予備罪の実行行為というが如きものは観念できないという論旨は採るを得ないもので、予備罪の従犯の成立を考えるについて、実行行為の概念を固定のものとして文理解釈に依拠することは許されない次第である。この点に関する限り原判決の法解釈は正当というべきである。

然らば、このように予備罪の実行行為を観念できるとして、刑法六二条の従犯の成立要件としての正犯の実行行為というの

は、右に述べた意味における正犯Ⅱ予備罪の正犯Ⅱのいわゆる実行行為をも含むものであろうか。すなわち、刑法総則の従犯に関する規定は、予備罪が独立に処罰される場合のその予備罪についても適用されるのであろうか。刑法六四条によれば教唆犯、従犯が処罰されないのは、拘留又は科料にのみ処すべき特別の犯罪の場合(但し、その場合でも教唆犯、従犯を処罰する特別の規定がある場合は除かれる)に限られるもののようにも解される。もし、そうだとすれば、予備罪Ⅱ本件では殺人予備罪Ⅱの実行行為を考え、それが独立して処罰される限り、予備罪の従犯もまた処罰されるということになるが「然し、仔細に検討してみると、この解釈には賛成できない」。そして次のごとく判示する。「思うに、犯罪の予備行為は、一般に基本的構成要件の結果を発生せしめる蓋然性は極めて少なく、従って法益侵害の危険性も小さいわけであるから、通常可罰性はなく、特に、法益が国家的、社会的にすぐれて高いものと評価される特殊の犯罪に限って、……例外的にこれを処罰の対象としているのである。……然し、……予備罪の実行行為は無定型、無限定な行為であり、その態様も複雑、雑多であるから、たとえば、国家的、社会的にその危険性が極めて高い犯罪であっても、その予備罪を処罰することになれば、その処罰の範囲が著しく拡張され、社会的には殆んど無視しても差支えない行為、延いて

は又言論活動の多くのものまでが予備罪として処罰される虞れもないわけではない。そこで、刑法はこのような処罰の範囲が徒らに拡張されることを警戒して、広汎な予備行為の範囲を限定して、予備罪を構成すべき行為を限定的に列举する場合もあり、(例えば、刑法一五三条、なお特別法として爆発物取締罰則三条の如きもそうである。)、更に又予備罪については、情状に因りその刑を免除することとしているわけである。ところ、従犯の行為も又同様無限定、無定型である。従って、もし、予備罪の従犯(正犯が予備罪に終った場合の従犯)をも処罰するものとすれば、その従犯として処罰される場合が、前の予備罪の正犯の場合にもまして著しく拡張される危険のあることは極めて明らかである。したがって、予備罪の従犯を処罰するには内乱罰における予備従犯処罰の刑法七九条のように、予備罪の従犯を処罰する「特に明文の規定ある場合にこれを制限し、その旨の明文の規定のない場合は、一般にこれを不処罰にしたものと解すべきである。すなわち、総則規定としての刑法六二条の規定は、予備罪が独立に処罰される場合において、当然にその適用があるものではない、ということになるわけである。してみれば、殺人罪の予備罪の幫助行為について、特にこれを処罰する法律の規定はないのであるから、被告人の原判示所為を殺人予備罪の幫助(予備幫助罪)として処断した原

判決は、既にこの点において法律の解釈を誤った違法がある」という。つぎに、補足して、原判決は殺人予備罪の正犯行為とその従犯行為とを区別するについて、特に犯人の主観的意思の面を重視しているが、「単に……行為者の意思の面だけを基準とすることは相当ではなく」、「いわゆる主観、客観の複合体としての行為の性質、すなわち、行為者の意思とその外部に表現された行為の形式の双方を併せて考察し、これを区別の基準とするのが相当である」。たとえば、通貨偽造罪の予備罪の場合、法は、自ら通貨偽造の意思、意図があったか否かを問わず、「通貨偽造の目的でそれに必要な機械、器具を用意し整えた者をすべて予備罪の正犯として処罰したものと解すべきである」。「このことは殺人罪の予備罪についても同様にいえるわけである」とし、そして、本件にあっては、殺人予備罪の共同正犯が成立する、とした。最高裁は、この判決に対する上告を棄却し、殺人予備罪の共同正犯とする名古屋高裁の結論を支持した。しかし、予備罪の従犯の可罰性については、何らふれていない。

(二) 密出国企図(予備)罪の幫助(大阪高裁判決)

(1) 事案の概要 その後、大阪高裁において、密出国企図罪(出入国管理令七一条)の幫助につき、名古屋高裁の結論と異なる判決がなされた。事案は、被告人が、Aの密出国を企てた

際、その情を知りながら、Aに東京都より出航地までの旅費等の資金を提供するとともに、Aに随伴して、東京都より浜野町及び城崎町付近に至り旅館その他に対する交渉連絡に当るなどAの密出国の企てに便宜を与え、その犯行を容易ならしめて幫助した、というものである。この事案につき、第一審の神戸地裁は、前記名古屋高裁の判決と同様の理由で、密出国企図罪の幫助は、処罰できないとして無罪とした。検察側の控訴に対し、弁護人は、名古屋高裁の判決理由を援用して、予備罪の従犯の処罰については特に明文の規定が必要である、とした。

(2)判旨 これに対し、大阪高裁は、検察側の控訴趣意を認めて、原判決を破棄自判し、被告人をAの密出国企図罪の従犯として処断した。その理由は、つぎのごとし。

「共同正犯と従犯とを区別するについては、一般に、犯人が自ら実行行為をしたかどうか、その区別の基準の一つとなることは明らかである。しかしながら、この基準（実行行為分担の有無）による区別は、基本的構成要件の実行に着手した後の犯罪（既遂又は未遂）には疑いもなくあてはまるが、右着手前の準備行為を捉えて一個の犯罪類型としたいいわゆる予備罪にまでこれを適用することは妥当ではない。……予備罪において共同正犯と従犯との区別の基準となる「実行行為」とは、予備罪自体の構成要件上の行為ではなくて、その基本的構成要件

件上の行為である。予備罪の共同正犯とは、基本的構成要件の共同正犯たるべきものがたまたま実行の着手前に犯罪が発覚した等の理由により予備の段階にとどまったものに過ぎず、予備罪の従犯もまた同様に基本的構成要件についての従犯たるべき者がその正犯がたまたま予備にとどまったため自らも予備罪の従犯とされるに過ぎないのである。……犯人が自ら基本的構成要件上の行為を分担実行する意思をもってその予備行為をした以上、その者は予備罪の共同正犯となるが、自ら基本的構成要件上の行為を実行する意思はなく単に他人の行為を幫助する意思でその予備行為をした者は予備罪の従犯となると解するのほかはない」。本件は、後者のばあいである。そして、密出国企図（予備）につき刑法六二条の適用があるかどうかについては、予備罪の「従犯の行為（幫助）も、刑法六四条の如き除外規定にあたらない以上、同法六二条、六三条により処罰の対象となるものと解すべきはむしろ当然である。そして、この見解は、予備罪である通貨偽造準備罪（刑法一五三条）の幫助を認めこれに対して六二条、六三条を適用した大審院判例（昭和四年二月一九日、集八巻八四頁）の趣旨にもそうである。従って、刑法六四条の除外規定の適用のないことの明らかな本件密出国予備の幫助をした者も同法六二条にいわゆる従犯として同法六三条により法律上の減輕のなされた刑の範囲内で処罰を

免れない」。

三 研 究

(一) 問題点

共犯独立性説によれば、教唆犯、従犯の犯罪性および可罰性は正犯のそれに従属するものではなく、正犯のそれとは、独立・別個に共犯者自身の行為について決定すべきであるとする。従って、正犯行為が予備、未遂にとどまったか、既遂にまで至ったかは、共犯の犯罪性、可罰性に影響がない。もっぱら共犯行為自体によって決定せられる。刑法四三条に「犯罪ノ実行ニ着手シ之ヲ遂ケサナ者」という場合の「犯罪ノ実行」とは、教唆、幫助行為そのものを指すと解する。それゆえ、正犯が予備の段階にとどまる場合は、共犯の未遂が成立し、未遂犯処罰の規定に従って罰せられる。すなわち、教唆の未遂ないしは幫助の未遂として処罰される（木村・刑法総論三九六頁、「刑法総論入門犯罪論61」法学セミナー一一三号一八頁、高橋・「予備の幫助」ジュリスト増刊刑法の判例一三二頁）。この説により、予備の幫助について考えると、本犯が予備罪として処罰されるかぎり、被幫助者が、結局、実行行為にまで至らなかったとしても、幫助はそれ自体、未遂に終わったのではなく、予備罪の幫助として処罰されることとなる。したがって、この説を採用するかぎり、予備の幫助は、特に問題とはならない。ところで、

現行刑法の解釈論としては、共犯独立性説によらず、共犯従属性説の見地から解釈論を展開すべきであろう。

共犯従属性説によれば、刑法六一条、六二条を根拠として、教唆犯、従犯は、何れも正犯の行為に加担するものであって、独立したものではなく、従属的性質を有するものであり、共犯の成立のためには、少くとも正犯が犯罪の実行に着手することを要する（大判大一二・七・一二集二・七一八、大判大六・七・五録二三・七八七）。

そこで、第一に、「予備の実行行為」という概念が認められるか、すなわち、予備という実行行為が着手以前の行為についても、これを「実行行為」と認めうるか。第二に、「予備の実行行為」概念を認める場合、刑法六二条は、予備罪についても適用されるか。すなわち、それを処罰しうるか、の問題が提起される。予備の従犯の問題が、「共犯従属性と予備罪との結節点」となり、右のような難問を提供する（植松・従犯―特に予備の従犯について―刑法基本問題37講二三九頁、斉藤誠二・予備罪の研究四三四頁、五五一頁参照）。

なお、前掲の名古屋高裁の判決は、殺人予備罪の共同正犯の成立を認めたが、予備罪の共同正犯という概念を認めうるか、も問題となる。

(二) 予備の実行行為

予備の実行行為について、名古屋地裁は、前掲のごとく、「予備罪も基本的な構成要件の修正形式ではあるが、一個の構成要件をなしているものであるから、これを充足する行為は、実行行為であるから、いわゆる予備の実行行為を幫助するということも充分考え得る」としている。

第二審の名古屋高裁も、「構成要件を充足する行為を実行行為というのであれば、予備罪が独立して処罰される場合の、いわゆる修正された構成要件を充足する行為も又実行行為とよぶことが許される（この意味で実行行為の概念も関係的、機能的な概念であるといわれる）」。従って、刑法総則の規定の適用において予備罪の実行行為というが如きものは観念できないという論旨は採るを得ないもので、予備罪の従犯の成立を考えるについて、実行行為の概念を固定のものとして文理解釈に依拠することは許されない」と判示し、この点に関する限り、第一審と同旨の見解を採っている。

前掲、密出国企図（予備）罪の幫助事件について、第一審の神戸地裁は、名古屋高裁の見解と同様の理論づけをしている。また本件第二審における弁護人の主張も名古屋高裁の判決の趣旨に従ったものである。大阪高裁も、「法がある基本的構成要件の準備行為を予備として処罰の対象とする場合（予備罪）に

は、それ自体一個の構成要件であるから、これについても固有の実行行為を観念することができる」としている。この点、名古屋高裁、大阪高裁の両判決の見解は一致している。最高裁決定（昭三七・一一・八）は、「殺人予備罪の共同正犯に問擬した原判決の判断は正当と認める」と判示するにとどまるが、予備の実行行為をその前提において認めているものと解される。予備の幫助の問題についての最高裁の態度は、未だ明らかではない。問題の解決は、後日の判例に託された。

予備の実行行為という概念を認め得るかに関し、学説は対立している。肯定的見解は、つぎのごとくいう。殺人予備罪（刑法二〇一条）、内乱予備罪（刑法七八条）の構成要件は、殺人罪（刑法一九九条）、内乱罪（刑法七十七条）の構成要件（基本的構成要件）を修正して定立されたものである。予備罪は、ほとんど基本的な構成要件を修正した形で定立されているとはいえ、それじたい固有の構成要件をもっている。これらの各々の構成要件を実現する行為は、これを構成要件の「実行」行為と観念しうる。実行行為の概念は相対的なもので、構成要件それじしんとか、実行行為のそれじしんというものは存在しない。予備罪の構成要件を構成要件にあらずとし、その実現行為を「実行行為」にあらずというならば、それらは一体なんであるうか。「基本的構成要件を修正した」という点にのみ重点をお

き、「構成要件」であることを忘れてはならない。殺人の実行行為のみが、「構成要件」を実現するのであるからといって、殺人の予備行為は「構成要件」を実現しないとか、あるいは、「構成要件」からはるかにはなれた行為であるとしてはならない（内田・予備犯と共犯）木村編体系刑法事典三〇七頁）という。

右と同趣旨のものとしては、たとえば、「……………予備罪……………ハ補充的ニ独立罪タルヲ原則トス斯ノ如ク独立ノ犯罪ナル以上ハ其実現ノ存ス可キハ当然……………ナリ」（泉二・日本刑法論総論五四九―五五〇頁）。「予備罪は、基本的構成要件との関係においては、その修正形式の一種ではあるが、それじたいが各本条において構成要件化されているのであるから、やはり、それぞれの『実行行為』を観念することができる」（吉川・刑法総論二四〇頁、二一〇頁、八五頁）。「予備・陰謀がそれじたい各本条で可罰類型とされている場合にはその予備（陰謀）行為そのものが実行行為である。すなわちこの種の犯罪を……………『幫助』する場合には右の予備（陰謀）行為そのものが……………第六二条の実行行為……………である」（柏木・刑法各論五七頁註（五））。井上氏は、シェンケルシュレーダーの所説『幫助は直接正犯の実行に尽す必要はない。いいかえれば、幫助は正犯の構成要件要素に及ぶ必要はない。たんに正犯の予備

的行為を幫助しただけであっても、正犯が少くとも可罰的未遂行為に達した限り、幫助として十分である』を引用し、「シェンケルシュレーダーが、『正犯が少くとも可罰的未遂行為に達した限り……………』と述べているのは、通常の場合を予想したまでのものであって、予備が独立に規定されているばあいには、その幫助の処罰を否定するつもりではないのではなからうか」とされている（井上・「予備罪の従犯」判例評論四七号二頁）。これは、予備の実行行為を認める見解と解しうる。同旨の見解は、多数存在する（佐伯・刑法総論一九一頁、青柳・刑法通論Ⅰ総論三三一頁、平場・刑法総論講義一六三―一六四頁、斉藤誠二・予備罪の研究四四五頁、「予備罪についての覚書」成溪大学政治経済論叢一六巻二号五四―五六頁、西村・「予備罪の従犯をめぐる諸問題（一）」判例時報三〇一号三頁、前田・「殺人予備罪の成否」刑法判例研究Ⅱ一六五頁、真鍋・「予備罪の共犯」法学論叢七四巻四号一二五―一二六頁」）。

このように予備の実行行為という概念を認める立場は、刑法六二条の「正犯ヲ幫助シタル者」という場合の「正犯」とは、同法六〇条の「犯罪ヲ実行シタル者」と同意義であり、予備行為をなす者も含まれる。したがって、同法四三条の「犯罪ノ実行ニ著手シ」た者とは異なるものと解する。

右のごとき肯定説に対し、まづ、予備罪の従犯は、予備その

ものに他ならない、との説を採られる正田氏は、判旨あるいは、肯定説のごとき、予備罪の実行行為という概念を否定している。すなわち、井上氏が、前掲のごとく、シエンケルシュレダーの所説を引用していることに対し、「きわめて微妙な表現を引用され」たもの、とされ、井上氏が、その注釈において、『通常の場合を予想したまでのもの……』とされていることにつき、「だがこの通常の場合なるものが幫助犯の本質のあらわれとみるべきものではないだろうか。わが刑法六二条一項と規定の文言を異にし、ただ単に刑罰を科せられた行為を幫助することをもって幫助とするドイツ刑法四九条の解釈においてすら、既に右のように正犯が可罰的未遂行為に達することを条件に幫助犯の成立を認めるものである。いわんや明文をもって『正犯ヲ幫助シタル者……』と規定するわが刑法の解釈においておや」(正田・「間接共犯と予備罪」犯罪論或問一八頁註(3))とされている。この点に関しては、氏の見解に組するものである。しかし、氏はさらに、つぎのごとくその見解を述べている。

予備罪の基本的性格は、単なる実行正犯の直接的前階程と解すべきではなく、正犯の実現に向ってなされる目的的な準備過程であり、正犯の実行の着手を分水嶺として正犯の実行そのものと区別され、これとは別異の性格をもつもので、予備罪と

正犯との間には断層がある。予備罪が構成要件上独立に規定されているというだけの理由で、これを基本たる構成要件と全く同性格のものとみることは出来ない。予備罪の幫助的加功の問題を正犯に対する幫助と同視することはできない。一見、幫助とみられる行為も実は正犯の実現を志向する独立の行為であり、そのような独自性をもつ予備行為として評価をうける(正田・犯罪論或問一四―一五頁、「間接共犯と予備罪」法曹時報一五卷一号二六―二七頁)。

この見解に対しては、つぎのごとく批判しうる。予備罪は実行正犯の直接的な前階程と解すべきではなく、これと別の性格をもつ、正犯の実現に向ってなされる目的的な準備過程であり、正犯の実行の着手を分水嶺としてこれとは区別されるものというが、予備罪として処罰される行為は、既遂の故意を有する行為でなければならない。それは、実行正犯の直線的な前階程と解せられる。既遂、未遂は主観的側面を共通にするが、予備はそれを異にすると解することは、犯罪行為の発展を無視するものである(下村・「予備の従犯」現代の共犯理論 齊藤金作博士還暦祝賀三一九頁)。

つぎに、予備罪の従犯は不可罰である、との説からの批判がある。たとえば、津島氏は、「刑法第六二条の『正犯ヲ幫助シタル者』の正犯とは同法第六十条の『犯罪ヲ実行シタル者』と

素直に解釈してよくはないか。予備は犯罪の実行をしたものではなく準備をしたに止まるのである」という(津島・「予備の従犯―名古屋高裁の判例に賛成する―」判例時報三〇四号三頁)。また、植松教授は、「従犯の行為は正犯の実行着手以前に行なわれても差しつかえないが、あくまで正犯の実行を予定するものでなければならぬし、のちに正犯が予定のようにその実行をしなければ、従犯として罰すべきものとはならない」(植松・「従犯」刑法基本問題37講二四二頁、全訂刑法概論一三三二―三三頁)。「予備も一種の実行行為であるというような議論」は、「実行行為という概念の限界を乱す御都合主義」(前掲、「従犯」二四〇頁)であり、それは、「従属性の立場に立ちながら、独立性説に秋波を送っているようなもの」(「刑法・贖きの石」法学セミナー九三号七三―七四頁)と厳しく批判する。

また、津島氏が「シエンケルシュレダーは正犯の行為は少くとも可罰的未遂行為に達せねばならぬといってむしろ正犯の行為が予備に止まった場合は処罰できないといっている」と解される」とされ、井上氏の前掲の説明(井上・「予備罪の従犯」判例評論四七号二頁)は、「全く理解できない」(津島・前掲二頁)とされていることにつき、植松教授は、このように解するのが、「原著者の真意に合うように思う」(前掲「従犯」二四一頁)といわれる(しかし、齊藤誠二教授は、シエンケルシュレ

ーダーの説は、肯定説に属する、と解している。齊藤・予備罪の研究五六四頁)。そして、これらの見解からは、刑法六二条の「正犯ヲ幫助シタル者」という場合の「正犯」とは同法六〇条の「犯罪ヲ実行シタル者」をいうと解するのが正当であり、また、それは同法四三条の「犯罪ノ実行ニ着手シ」た者と同意義でもある。予備もまた実行行為であるというのは概念の混乱(中谷・「予備の従犯」下村・八木編刑法総論(法律学演習講座⑧)四〇二頁、四〇五頁)以外のなものでもない、といわれよう(同旨、滝川(幸)・刑法講話二六七頁、宮内・「教唆」刑法基本問題37講二四八―二四九頁、大塚・注解刑法(5)各則(3)五九頁、竹内・ワークブック刑法 福田・大塚編八八頁など)。

私は、これらの見解に対しては、あまりにも形式論理的すぎはしないか。予備罪が例外としてであっても構成要件化されている事実を看過しているものではないか、との批判がなされていることを充分承知しながらも、この見解を是認する。よって、予備罪の実行行為という概念を認める前掲、名古屋高裁、大阪高裁の判旨には、賛成することはできない。

(三) 予備罪の幫助の処罰

判例は、予備の実行行為概念を認めるのであるが、その場合、刑法六二条は予備罪についても適用されるか、がつぎに問

題となる。勿論、予備というものは、実行行為ではないとの理論的前提をとれば問題とならない。

第一審の名古屋地裁は、この問題を肯定する。すなわち、実行行為以前の予備を幫助する者を処罰することは、毫も刑法六二条の明文に反するものでもなく、更に、刑法七九条は、内乱罪の組織的集団たることの特質から、その刑について特に加重して規定したものにすぎないもので、刑法は、他に予備の幫助を罰しない趣旨とは解されず、他に予備罪の成立する場合、その従犯の成立を否定する理由はない、として殺人予備の幫助に該当するものという。

名古屋高裁は、この問題を否定する。すなわち、「犯罪の予備行為は、一般に基本的構成要件的結果を発生せしめる蓋然性」、「法益侵害の危険性」も少なく、「通常可罰性」はない。「特に、法益が国家的、社会的にすぐれて高いものと評価される特殊の犯罪に限って」、「例外的」に「処罰の対象としている」。予備の実行行為の特色は、「無定型、無限定な行為であり、その態様も複雑多である」から、予備罪を処罰することになると、その処罰の範囲が拡大されることになる虞れがある。そこで、刑法は、「予備行為の範囲を限定して、予備罪を構成すべき行為を限定」する。ところで、「従犯の行為も又同様無限定、無定型である。従って、もし、予備罪の従犯（正犯

が予備に終わった場合の従犯）をも処罰するものとすれば、その従犯として処罰される場合が、前の予備罪の正犯の場合にもまして著しく拡張される危険のあることは極めて明らかである」。したがって、予備罪の従犯を処罰するのは、内乱罪における予備犯処罰の刑法七九条のように、「特に明文の規定がある場合にこれを制限し、その旨の明文の規定のない場合は、一般にこれを不処罰にしたものと解すべきである。すなわち、総則規定としての刑法六二条は、予備罪が独立に処罰される場合においても、当然にその適用があるものではない」とし、殺人予備罪の従犯は不可罰である、としている。

密出国企図（予備）罰の幫助について、第一審、神戸地裁は、右の名古屋高裁の判決とはほぼ同様の理由から、密出国企図罪の幫助は処罰できないとして無罪とした。これに対し、大阪高裁は、密出国企図の幫助につき刑法六二条の適用があるかどうかを審究するのに、予備罪についても共同正犯ないし正犯と従犯との区別が考えられるから、その従犯の行為（幫助）も、刑法六四条の如き除外規定にあたらない以上、同法六二条、六三条により処罰の対象となるものと解すべきはむしろ当然である。この見解は、大審院判例（昭和四年二月一九日、集八巻四頁）の趣旨にもそうもの、という。そして、原判決を破棄し、密出国企図罪の従犯として処断した。なお、この判決は、

前掲名古屋高裁の主張（予備、従犯が可罰性、違法性少なく、予備、従犯の行為が無定型、無限定である。予備の幫助には従犯処罰に関する一般規定である刑法六二条の適用はない）に従った弁護人の主張を排斥している。

さて、予備の従犯は処罰し得るか、の問題について、学説はどのような態度を採るであろうか。予備の従犯処罰説に立ち、前掲名古屋高裁の判旨に反対（大阪高裁の判決に賛成）する見解は、つぎのごとくいう。名古屋高裁判決は、予備も幫助も無定型、無限定な行為であるから、予備の幫助を処罰することは、法的安定性を害するという。予備行為が無定型であるということも理解できないことではないが、全く定型を欠くというわけのものでもない。特に現行刑法が予備罪として可罰性を認めている放火、殺人、強盗については、その予備行為の定型をかなり限定できる。一概に予備行為を無限定無定型とい捨てることはできない。たとえ、予備行為が無限定無定型だとしても、予備罪の従犯を処罰することが、法的安定性を害するものとして否定されなくてはならないだろうか。判例はすでにいくつかの事例において間接従犯の成立を認めている（大判大四・三・一五録二一輯三〇一頁、大判一〇・二・一三集一四巻八三頁）。名古屋高裁の考えるように、従犯が無限定無定型なものであれば、従犯の従犯は、なおさら無限定無定型なもの

なるはずである。だが判例はこれを処罰する。そうなれば、予備罪の従犯を処罰することの方が判例の傾向に添うものではないか。予備罪が名古屋高裁の考えるごとく無定型でないものとするれば、なおさら、そう結論しうる。

さらに、名古屋高裁が指摘する刑法七九条については、本件第一審判決のように、同条は、刑法七八条の罪に関しては、その罪責にかんがみ、特にその刑を加重する趣旨の規定と解しうる。とくに、内乱罪は、その構成要件上既遂又は未遂に達することはきわめて稀であり、すでに治安を乱すに足る行為が行われても、まだ内乱罪としてはその予備にとどまる場合が多いと考えられるので、そのような内乱予備行為の幫助については、予備行為に対する刑に近い刑による処罰を必要とする場合もあるからである。このようにして、刑法七九条は、必ずしも制限規定と解さなくてはならない理由はない。

右のごとく、名古屋高裁判決の考え方は、予備罪について刑法総則の従犯規定の適用を排除する理由としては、不十分である。ゆえに、予備罪についても刑法の従犯規定の適用があると解するのが文理にもかない正常な解釈といえる、という（井上・前掲三頁、前田・「殺人予備罪の成否」刑法判例研究Ⅱ一六五―一六九頁、高橋・「予備罪の幫助」ジュリスト刑法の判例一三三―一三四頁、下村・「予備罪の従犯」現代の共犯理論

齊藤金作博士還暦祝賀三二三頁。

つぎに、予備罪の幫助の処罰を否定する津島氏は、名古屋高裁の判旨に賛成（大阪高裁の判旨には、反対）し、つぎのごとく主張する。

名古屋高裁の判決が、予備の従犯をも処罰するものとすれば、その従犯として処罰される場合が、前の予備罪の正犯の場合にもまして著しく拡張される危殆のあることは極めて明らかである。予備を独立に処罰する旨の規定があるからといって、予備罪の正犯に比べその違法性、可罰性のより減少したその従犯までも処罰しなければならぬ必要性、合理性は少しも正当化されない、と述べているのは、刑法六二条は予備の従犯に当然適用あるものとして制定されたものでない縁由背後関係を説明したもので、その意図は十分わかる。つぎに、井上氏が、判例は間接従犯を認めているから予備の従犯を認むべきだ、とすることについては、これは理解し難い。指摘される判例は、被幫助者が実行に着手したから従犯者も処罰を免れないといったもので予備の従犯の問題ではない、という。さらに、刑法七九条については、この規定は、まさに未遂、予備の処罰に明文が要るのと同様、予備の幫助にも明文が要ることの完全な例規である、とされる。なお、刑法六二条の幫助によって人を処罰するには正犯が少なくとも実行に着手したことを要するのであ

て、その正犯の行為が単に予備に達しただけでは足りない。実行正犯を幫助した者すらその正犯が実行に至らない限り処罰の対象とならないのに、予備を幫助した者は、予備に達しただけで処罰の対象となるという不均衡は明文の何処がこれを是認しているか。勿論、予備の成立を認めた各則がこれといわれるであろうが、これは予備自体の処罰は認めていても、その又前の段階にある予備の幫助をも含めたものとは限らない。刑法六二条の「正犯ヲ幫助シタル者」の正犯とは同法六〇条の「犯罪ヲ実行シタル者」とされる。さいごに、予備は刑法犯だけにあってではない。特別法にもある。刑法総則六二条の規定が全面的に適用があるとなると予備又はそれに相当する規定がある限り、その幫助は全部処罰の対象となる。これは重大な問題である、とされ、刑法が予備の幫助を当然処罰の対象としたとは思えない、といわれる（津島・前掲二二三頁、同旨、植松・前掲「従犯」二四三頁）。

なお、予備罪に刑法六二条が適用されたばあいについて、齊藤誠二教授は、「もし、七八条の内乱予備罪に、六二条を適用したとすれば、その刑は、六三条・六八条によって、「六月以上五年以下の禁錮」ということになる筈である。ところが、他方、七九条の内乱予備罪の従犯の法定刑は、「一年以上七年以下の禁錮（一三条、七九条参照）である」。そこで、彼此比較

してみると、「七九条の刑は、一般原則によるよりは、その上限においては、加重され、その下限においては、減輕をうけているということになっている。何故、内乱罪のような重大な犯罪の従犯について、一般原則によるよりは、その刑の下限が減輕されているか、その理由は必ずしも明らかではない。刑法は、内乱予備罪を律するに、その既遂と同一に評価するという態度をもつてのぞもうとしているが、この態度が内乱予備罪の従犯にいたり、とつぜん、それを変じて、一般原則によるよりも減輕した刑をもつて、のぞもうとしているとは、解しがたし」とされる。このような悖理、不可解さは、どこから来るかについて、教授は、予備罪にも刑法六二条が適用される、と前提したことから由来する、とされる。そして、「予備罪には刑法第六二条の適用なし、との前提をとりつつ、しかして、刑法は、内乱罪が重大犯罪なることに着目し、内乱予備罪について、それを既遂と同一に評価し、しかもとくに、第七九条を設け、その幫助行為をも処罰しよう、としているのだ、と理解すべきもの」（齊藤誠二・予備罪の研究五九一―二頁、五九四頁、五九七頁）とされる。

予備罪の幫助の処罰について、前掲、名古屋高裁、さらに、前掲の津島氏、齊藤誠二教授の見解に賛意を表する。けだし、仮りに、予備罪についても「実行行為」の觀念を認めることがで

きるとしても、前掲、名古屋高裁の判旨などのごとき理由により、予備罪の幫助には刑法六二条の適用はない、と解する。いわゆる、私見は、刑法六二条にいわゆる「正犯」とは、刑罰法規各本条の実行行為すなわち基本的構成要件に該当する行為を行う者に限る。従って、実行に着手する以前の行為である予備行為をしたに過ぎない者は、「正犯」ではなく、これを幫助したとしても刑法六二条を適用する余地はない、と解するからである。なお、名古屋高裁の見解は、予備の実行行為を認めるので、この点、賛成し難いが、予備罪の処罰に関し、それを否定する判旨は、予備の実行行為を否認する態度のその背景を説明したもの、と解しうる。かかる見解から、大阪高裁の判旨を是認することはできない。

（四）予備罪の共同正犯

名古屋高裁判決、最高裁決定は、共同正犯の成立を認めている。これら判断は、他人の殺人行為のための準備行為も殺人予備罪に該当する、と考える。この考えは、予備罪の幫助は予備そのものにはかならないとの説に立つものといえる。

まず、予備罪の「共同正犯」なる觀念を認めうるか、が問題となる。共同正犯とは、「二人以上共同シテ犯罪ヲ実行シタル者」（刑六〇）であり、犯罪の実行とは、基本的構成要件の内容たる行為を行なうこと（刑四三）と解する。しかるに、判例

は、予備罪を修正された構成要件として独立に規定されているから、予備にも実行行為を観念し得る、という。判例ことに名古屋高裁が、予備にも実行行為を観念し得るとしたのは、共同正犯を認めるための前提であった訳である。ともあれ、このような判例の考えは、現行刑法が、予備・陰謀の段階を脱した時点において実行行為を認めている（刑法四三）ことを無視するものである。二人以上の者が共同して予備罪に該当する行為を行なったばあいにも、単に各人について予備罪の成立を論ずべきで、「皆正犯」とする関係は認められない（大塚・「殺人予備罪」注釈刑法(5)各則(3)五八頁）。

つぎにいわれる他人予備行為をも予備行為の概念のなかに包摂しうるか、が問題となる。これを肯定すれば、被幫助者（正犯）が実行に着手すれば、その従犯となるにすぎず、共同正犯と解することはなからう。ところが、被幫助者（正犯）が、予備にとどまったときは、その予備罪の正犯となる、という奇妙な結果にならう（福田・「従犯」注釈刑法(2)のⅡ総則(3)八一五頁、藤木・「強盗予備罪」注釈刑法(6)各則(4)一〇八頁は、「強盗予備の共同正犯として罰することが可能」である、となしている。）。予備行為は、いわゆる自己予備行為にのみ限られるゆえ、他人予備行為は、予備の幫助と考えられる（斎藤誠二・予備罪の研究四四〇頁、四四一頁、五八〇頁、六〇三頁以下、「予

備罪についての覚書（三）」成蹊大学政治経済論叢一四卷一号一〇九―一一〇頁、「殺人予備罪の共同正犯」警察研究三五卷三号一〇七―一一〇頁、「いわゆる他人予備行為をめぐって」判例時報三八五号二―五頁、植田・「予備罪の従犯について」関西大学法学論集一五卷四・五・六合併号）一七二―一七三頁、下村・前掲、現代の共犯理論三一八頁、青柳・刑法通論―総論三三一頁、大塚・「殺人予備罪」注釈刑法(5)各則(3)五九頁、植松・前掲「従犯」二四四頁）。

さて、名古屋高裁判決（最高裁はこれを支持する）は、第一審判決が、被告人に自らC男を殺害する意思がなかったことを理由に殺人予備罪の成立を否定し、その幫助と認定したことをとらえて、正犯と従犯との区別を犯人の主観的意思如何によって決定するのは相当でないとしている。そして、正犯意思を持たない者にも、予備罪が成立しうることを論証するため、刑法一五三条を引き合いに出している。名古屋高裁判決は、第一審のような考えによると、自ら通貨偽造の意図を有しない者が、偽造の用に供するための機械等を準備した場合には、通貨偽造の予備罪として処罰できないことになり、刑法が一五三条のような規定を設けたことと矛盾するという。そうであろうか。右の一五三条は「貨幣、紙幣、銀行券ノ偽造又ハ変造ノ用ニ供スル目的ヲ以テ器械又ハ原料ヲ準備シタル者」と規定し、偽造の

主体が自己たると他人たるとを問わないものとした趣旨と解される（通説、大判大五・一二・二二録二二・一九二五、大判昭七・一一・二四集一一・一七二〇、斎藤誠二教授は、(1)一五三条は予備行為を規定したもの、(2)自己みづから実行行為をなそうとするものについてのみ予備行為がある、という。斎藤・予備罪の研究五〇九頁）。名古屋高裁判決は、右の一五三条の判決が、自ら偽造する意図を有しない者についても成立するから、殺人予備罪についても同様に解すべきもの、とする。刑法一五三条が刑法二〇一条と同様な規定の仕方であるならば、そのようにもいえよう。ところで、刑法二〇一条の殺人予備罪の構成要件は、普通殺人又は専属殺人の罪を犯す目的をもって、その予備をなすことであり、行なわれるであろう殺人行為の主体と予備行為の主体とが同一人であることを前提として規定されている。ゆえに、単に他人が行なう殺人の予備行為を幫助する意思によるばあいにも、本罪の適用を認めることはできない。刑法二〇一条と刑法一五三条はその規定の仕方を異にしているのであることを忘れてはならない。また、わが刑法は、七九条を置いて、明らかに、七八条の内乱予備罪においては、他人のための準備行為は、これに包摂されないことを示している。この点からも、予備には、他人のための準備行為（他人予備行為）は、包含せられない、と解せられる。

名古屋地裁並びに大阪高裁の判決は、予備罪における正犯と従犯の区別につき、その基準となる「実行行為」とは、予備罪自体の構成要件の行為ではなく、その基本的構成要件上の行為であるとして、実行行為分担の有無により正犯、従犯を区別することはできないとし、結局、犯人が自ら基本的構成要件上の行為を分担実行する意思をもってその予備行為をした以上、その者は予備罪の共同正犯となるが、自ら基本的構成要件の行為を実行する意思はなく、単に他人の行為を幫助する意思でその予備行為をした者は、予備罪の従犯となると解するのほかにない、という。これは、いわゆる他人予備行為を予備の従犯と解するものであり、この点に関する限り、妥当な見解といえよう。

予備罪の共同正犯の成否の問題については、予備罪に共同正犯の成立は認められない。その根拠は前述した。いわゆる自己予備行為は共同正犯ではなく、単に各人につき予備罪が成立するものと解すべきである。いわゆる他人予備行為は、予備罪ではなく、予備罪の幫助行為（従犯行為）にすぎない。そして、この予備罪の幫助行為は、事実としては存在するが、予備罪の従犯としては観念されず、不可罰である。

右のごとく解するならば、予備罪の共同正犯と認定した、名古屋高裁判決、さらにこれを支持した最高裁決定の態度は是認

できない。いわゆる自己予備行為のみを予備とし、いわゆる他人予備行為について、予備罪の共同正犯を否認し、予備罪の従犯が成立する、とした名古屋地裁判決、大阪高裁判決については、いわゆる他人予備行為につき、予備罪の共同正犯を否認した点正當な見解と評価し得るが、予備罪の従犯として処断した事について、容認できない。一般論として、予備罪の従犯は、不可罰と解するからである。

名古屋高裁の判決が述べるごとく、予備罪の行為は無定型、無限定な行為である。従犯の行為も無限定、無定型である。従って、予備罪の従犯（正犯が予備罪に終った場合の従犯）をも処罰するものとすれば、たとえば、助言・激励などの精神的方法による幫助（例、「男と云うものは遣るときには遣らねばならぬ。もし、Aを殺害することあれば自分が差し入れはして遣る」と述べて激励したばあい（大判昭七・六・一四集一一・七九七）など。テロの激励などを考えよ）も処罰されることとなり、言論活動の多くの場合までも、予備罪の従犯として、処罰される危険性が生ずる。予備を処罰する旨の規定があるからといって、予備の背後関係にあって、予備罪の正犯に比し、その違法性、可罰性のより減少したその幫助までも処罰する必要はない。そこで、刑法（七九）は、内乱のごとく国家の政治的基

大な犯罪の予備罪については、特別に明文の規定を設けて、その幫助行為を処罰しているのである。明文の規定なくして、予備の幫助を刑法総則の規定によって一般的に処罰しうると解釈してはならない。予備の幫助を一般的に処罰しうるとする態度こそ、予備の幫助を犯罪として罰したい、との希望的結論先取の形式論理的解釈といえる。罪刑法定主義の原則は、国民の自由を保障する機能を営むもの、とされている。明文の規定なくして、予備の幫助を刑法総則によって一般的に処罰しうるとすることは、右の原則に反しないか。なお、共謀共同正犯論が、罪刑法定主義の原則に反するとして批判される論者の中に、予備の実行行為を認め、予備罪の従犯の可罰性を是認する者があ

るが、これはいかなるものであろうか、疑問なしとしない。

（本学法学部兼任講師）